

PRINCIPAIS MUDANÇAS DO NOVO CPC – PARTE 2

Sumário:

1. Da tutela provisória
2. Do direito probatório
3. Da sentença e coisa julgada

Bibliografia recomendada:

- **Curso de Direito Processual Civil** - **Fredie Didier Jr.** (Ed. Juspodivm) - <http://www.editorajuspodivm.com.br/casadinha/24157>);
- **Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero** (Ed. RT);
- **Breves Comentários sobre o Novo Código de Processo Civil** – Coord. **Teresa Wambier, Fredie Didier, Bruno Dantas e Eduardo Talamini.** Ed. RT - <http://www.rt.com.br/?sub=produto.detalhe&id=62487>
- **Curso de Direito Processual Civil** - **Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero.** Ed. RT - <http://www.livrariart.com.br/produto/62917-kit-curso-de-processo-civil-marinoni-3-volumes>

1. DA TUTELA PROVISÓRIA

1.1 Pressupostos básicos:

- a) **Tutela provisória é aquela que não é definitiva** ➔ Definitiva é a tutela, ou seja, o provimento judicial que se dá ao final de um processo, após cognição exauriente. A provisoriação da tutela decorre da cognição sumária (poderia ser chamada de tutela sumária). Justamente por isso, por não haver cognição exauriente (mas sim sumária), a tutela provisória é marcada pela **ausência de coisa julgada**. Todo procedimento que possa ser concedido de forma definitiva também pode ser concedido provisoriamente;
- b) **A tutela provisória pode ser SATISFATIVA ou CAUTELAR** ➔ Satisfativa é aquela que realiza o direito desde logo. A cautelar, por sua vez, conserva o direito, resguardando a utilidade do processo. A satisfativa é chamada pelo código de tutela antecipada. **Os pressupostos da medida provisória satisfativa e da cautelar são os mesmos;**
- c) **O Livro III do CPC de 1973 (“Do processo cautelar”) foi extinto** ➔ Não há hoje previsão de medidas cautelares típicas. As medidas cautelares foram tratadas de maneira atípica e genérica pelo NCPC na parte da tutela provisória;
- d) **A tutela provisória, na linha do art. 294 do NCPC, pode ser fundamentada em urgência ou evidência** ➔ A tutela provisória fundada em urgência exige o requisito do **perigo**. Muito embora o art. 300 faça referência ao “perigo de dano” da tutela de urgência, em realidade, basta a situação de perigo, ainda que não seja de dano. É possível falar, por exemplo, em **perigo de ilícito** (a justificar o que se chama de tutela **inibitória**, que não exige dano, mas sim probabilidade de ilícito). Tal

interpretação depende de uma análise conjunta do art. 294 com o parágrafo único do art. 497 do NCPC.

Já a tutela provisória fundada na **evidência** ocorre nas situações em que não se exige a exigência de perigo, mas apenas a evidência do direito do autor. Isso já existia no CPC de 1973, em alguns casos (ex.: antecipação da tutela do art. 273, fundada no abuso de direito de defesa ou manifesto protesto protelatório; medida liminar nas ações possessórias etc.);

- e) **Não cabe nenhuma tutela provisória de ofício, nem mesmo a tutela cautelar (que, pelo CPC de 1973, poderia ser concedida de ofício) →** Conforme previsto expressamente no art. 302 do NCPC, a tutela provisória gera responsabilidade objetiva da parte que a conseguiu e depois perdeu. Com isso, não é possível que o juiz, de ofício, conceda algo que pode gerar a alguém responsabilidade objetiva por algo que não requereu.

1.2 Da tutela de urgência

1.2.1 Pressupostos básicos:

- a) **A tutela de urgência demanda probabilidade de direito + perigo (de ilícito ou de dano) – art. 300;**
- b) **O juiz pode exigir caução fidejussória para a sua concessão ou dispensá-la, se a parte for hipossuficiente (art. 300, §1º). Pode conceder a tutela de urgência liminarmente ou após justificativa prévia;**
- c) **O código mantém a vedação da tutela de urgência, no caso de irreversibilidade da decisão (§3º) →** Por óbvio, isso já vinha sendo flexibilizado e o será também sob a égide do NCPC;
- d) **Nos termos do art. 302 do NCPC, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.**

1.2.2 Do procedimento

- a) **Na vigência do CPC de 1973, só era possível pedir uma tutela provisória satisfativa (antecipação dos efeitos da tutela) de maneira incidental. Não era possível uma ação autônoma só para antecipação da tutela →** Atualmente, além da tutela antecipada incidental, existe um procedimento específico da medida antecipada requerida em caráter antecedente (art. 303). Confira-se:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo".

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.

b) No caso da tutela antecipada (ou seja, satisfativa) concedida em caráter antecedente, o art. 304 do NCPC prevê ainda um instituto totalmente novo, denominado “estabilização da tutela antecipada”, que ainda gerará muitas controvérsias → Nesse caso, o processo somente prosseguirá (com a audiência de conciliação e mediação) apenas se o réu interpuser agravo de instrumento. Não fazendo isso, o processo “é extinto” (embora o CPC só aluda à extinção, ressalta MARINONI que ela ocorrerá com resolução do mérito).

- Segundo MARINONI, se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas oferecer contestação, o processo deverá seguir, interpretando-se como interesse do réu pelo exaurimento da cognição (esse entendimento não se encontra positivado);
- De acordo com a literalidade da lei, extinto o processo, qualquer das partes poderá propor ação objetivando exaurir a cognição, no prazo de 2 (dois) anos;
- A decisão estabilizada não faz coisa julgada.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo → ***Observe que não há coisa julgada na estabilização da tutela antecipada. O que ocorre, em realidade, é a imutabilidade da medida, mas não a certeza sobre o direito do autor.***

c) O NCPC manteve também a tutela cautelar requerida em caráter antecedente → Nesse caso, “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais” (art. 308);

- d) Não existe estabilização da tutela provisória cautelar (mas apenas satisfativa) →**
Isso possui razões óbvias, já que a tutela cautelar não efetiva o direito, mas sim o conserva. Não há sentido em conservar algo para sempre (ex.: um congelamento futuro de uma conta bancária para satisfazer um débito futuro – arresto). A medida satisfativa pode se estabilizar pois ela consiste na própria fruição de um direito – que, no final das contas é o que se objetiva como fim de um processo.

1.3 Da tutela de evidência (art. 311)

- a) A tutela da evidência será sempre satisfativa, nunca cautelar;**
- b) A tutela da evidência já existia no CPC de 1973 (ex.: liminar em ações possessórias, antecipação da tutela fundada em abuso do direito de defesa etc.);**
- c) Para a doutrina (FREDIE DIDIER JR.), cabe tutela de evidência em favor do réu →** Há casos em que o réu exerce direitos em sua defesa (compensação, exceção de contrato não cumprido etc.). Mesmo fora da reconvenção, é possível a tutela da evidência em favor do réu.
- d) As novidades do NCPC estão na criação de duas hipóteses novas que não existiam (incisos II e IV do art. 311 do NCPC):**

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte → **Essa hipótese já estava prevista no CPC de 1973.**

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante → **Essa medida, de extrema relevância, reforça o sistema de precedentes no Brasil. Tendo em vista que a apelação, em tal caso, não terá efeito suspensivo (art. 1.012, §1º, V), essa medida se tornou ainda mais inovadora. Perceba que, na prática, é autorizada uma liminar, sem que seja ouvido o réu e sem urgência, quando o pedido do autor estiver fundado em precedente obrigatório. Parte da doutrina (Luiz Guilherme Marinoni) defende que este dispositivo se aplica a qualquer hipótese de precedente de tribunal superior, ainda que não sujeito à sistemática de recursos repetitivos. Tal entendimento, todavia, contraria a literalidade da legislação.**

III - se tratar de pedido reipersecatório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa → **Cuida-se de uma simplificação da previsão da ação de depósito. O NCPC realizou uma “falsa” extinção do procedimento da ação de depósito, cuja particularidade sobrevive no dispositivo em questão.**

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável → **Cuida-se de uma mudança sensível na legislação.**

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

2. DO DIREITO PROBATÓRIO

O NCPC prevê um regramento de **distribuição do ônus da prova**, o que deve ser observado pelo juiz, na fase de saneamento do processo (art. 354, inciso III).

- a) **Foi mantida a regra geral de que cabe ao autor a prova de fatos constitutivos ao autor, cabendo ao réu a prova da existência dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 373);**
- b) O art. 373, §1º, todavia, prevê que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” → Percebe-se, portanto, que as **peculiaridades do caso** podem levar o juiz a redistribuir o ônus da prova. Essas peculiaridades podem derivar de duas vertentes:
 - 1º - **ECONOMIA PROCESSUAL** → Pode ocorrer de a provar ser mais facilmente acessível para uma das partes;
 - 2º - **IMPOSSIBILIDADE OU EXCESSIVA DIFICULDADE DE UMA DAS PARTES** → Nos termos do §2º do art. 373, essa hipótese somente pode gerar a modificação do ônus probatório se a prova que a parte tem dificuldade de produzir puder ser trazida pela parte contrária, sob pena de imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

- c) **O §3º do art. 373 permite a inversão negocial do ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível ou não se torne excessivamente onerosa para a outra parte** → Isso já existia no CPC/1973.
- d) **O art. 372 prevê expressamente a prova emprestada, condicionando-a, apenas, à observância do contraditório** →

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

3. DA SENTENÇA E COISA JULGADA

3.1 Dever de fundamentação

Uma das grandes modificações, na parte de sentença, reside no dever de fundamentação. O NCPC, seguindo uma evidente linha de desconfiança em relação ao Judiciário, disciplinou situações em que a sentença não é considerada fundamentada (e, portanto, é nula).

Boa parte das exigências se resumem à necessidade de o juiz individualizar as normas aplicáveis, não podendo fazer uma referência abstrata. Confira-se o art. 489, §1º:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador ➔

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

3.2 Coisa julgada

- a) O NCPC inaugura o art. 502 com um conceito e coisa julgada: “*Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*”.
- b) Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, os artigos 503 e 504 mantiveram a regra geral, no sentido de que, a princípio, apenas o dispositivo da sentença fica imutável ➔ Como ressalta MARINONI, em um sistema que concebe a coisa julgada a partir de um contexto **argumentativo, dinâmico e cooperativo**, também a resolução da questão prejudicial (que serve de fundamento à decisão) pode ficar acobertada pela coisa julgada, independentemente de pedido das partes.

Nesse sentido, dispõe o art. 503, §1º do NCPC:

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Obs.1: com isso, eliminou-se a ação declaratória incidental, pois o juiz pode, de ofício, decidir a questão incidental de que dependa o julgamento do mérito, incluindo-a no dispositivo da sentença. Deve, contudo, submeter ao contraditório das partes.

Obs.2: pergunta-se: para que recaia a coisa julgada sobre questão prejudicial, ela precisa estar contida no dispositivo da sentença? Para MARINONI, sim. Ao exigir a decisão “expressa”, a questão prejudicial se torna objeto do dispositivo da sentença. Há, contudo, para ela, um regime especial de coisa julgada, pois se exige **contraditório efetivo**.